

聚焦新业态劳动者权益保障

职业伤害保障制度建构需解决四个基本问题

观点

职业伤害保障制度应采取强制参保方式，确保实现从业人员“全覆盖”；平台应承担缴费或主要缴费责任；应采取浮动费率，将费率与伤害事故发生率关联；平台应作为征缴义务主体，征缴部门通过平台来核实时从业人员信息，完成相应征缴工作。

范围

随着平台经济的迅猛发展，平台从业人员的规模不断扩大。国家信息中心发布的《中国共享经济发展年度报告（2019）》显示，2018年我国共享经济服务提供者人数达到7500万人，比2015年增长2500万人。其中，某外卖平台的外卖骑手就近400万人。然而，由于平台从业者的劳动过程存在一定职业伤害风险，且平台从业人员多未参加社会保险，遭受职业伤害的从业人员面临“救助无门、自担风险”的困境。为了解决这一难题，国务院办公厅《关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》等多个文件都强调，抓紧研究完善平台企业用工和灵活就业等从业人员社保政策，开展职业伤害保障试点。

目前，各地试点以及平台企业自身建立的从业人员职业伤害保障制度主要是以下三种模式。商业保险模式，即部分平台为从业人员购买商业保险，这种模式保障水平不足，免赔事项多，且没有长期待遇；纳入工伤保险模式，即部分试点地方将平台从业人员纳入工伤保险。然而，该模式欠缺上位法的依据，并且涉及行业职业伤害发生概率的测算以及缴费的公平性问题；按照社会保险的方式，单独建立职业伤害保险，该模式的负担能力将受到参保人数的规模以及缴费情况的影响。上述3种模式均是构建平台从业人员职业伤害保障制度的有益尝试，但各有利弊。笔者认为，基于制度的有效性和可持续性考量，无论采取何种模式，都需解决以下四个基本问题。

第一，参保方式——强制参保还是自愿参保？由于平台多通过协议约定方式，将从业人员排除在劳动法的适用范围之外，因此，《社会保险法》原则上不适用于平台和从业人员，平台不负有社会保险的强制参保义务。目前，各地的试点都采取自愿参保模式。然而，平台为了降低成本，并且为了避免出工伤后劳动关系的认定以及后续责任问题，参保缴费的意愿不高。对于从业人员而言，多存在“不出事则没事”的侥幸心理，参保缴费会影响收入，他们的参保意愿也不高。由此导致目前试点过程中，各地的平台从业人员职业伤害保障制度参保人数规模有限，远低于平台实际的从业人员数量，无法形成足够规模来化解从业人员的职业伤

害风险。笔者认为，无论采取何种模式，都应采取强制参保的方式，确保实现从业人员职业伤害保障的“全覆盖”。

第二，缴费主体——平台缴费、从业人员缴费还是平台与从业人员共同缴费？有平台建议由从业人员按单缴费。然而，笔者认为，平台应承担缴费或主要缴费责任。一是从职业伤害保障应该参照工伤保险的基本制度逻辑，从业人员作为劳动（劳务）的出卖人，不应该自己承担职业伤害风险，而平台从从业人员的订单中获益，应该承担他们的职业风险；二是从目前的实践来看，平台从业人员职业伤害事故频发的重要原因是平台不规范、不合理的管理制度，平台为了提高从业人员的工作效率，在系统里对从业人员的劳动过程进行了明确的规定及奖惩措施。因此，应该通过职业伤害保障制度的建立，对平台滥用用工管理权形成制约，通过缴费督促平台规范管理、合规用工；三是从市场交易能力的角度来看，平台在承担相应缴费后，能够将相应成本转嫁出去，从而实现相应成本的社会分担。

第三，缴费费率——固定费率还是浮动费率？目前，平台为从业人员参加的商业保险采取固定收费模式，没有考虑职业伤害的发生率、待遇水平等，一是此种模式下的缴费数额低，与平台从业人员所面临的较高职业伤害风险不符，不符合保险制度的基本原理；二是由于商业保险公司基于营利考量，赔偿额较低，且免赔事项多，无法满足遭受职业伤害从业人员生存保障的需要。因此，

应采取浮动费率，将费率与伤害事故的发生率关联。据南京市交管局统计，2017年上半年，南京共发生涉及外卖送餐电动自行车交通事故3242起，共导致3人死亡、2473人受伤。其中，94%的交通事故中，外卖送餐员存在不同程度的交通违法情形。如果通过设定与职业伤害事故发生率相关联的浮动费率，将有助于实现引导平台规范用工，降低职业伤害事故的发生率。

第四，征缴义务主体——平台还是从业人员？在劳动关系中，《社会保险法》等规定用人单位负有依法办理社会保险登记并缴纳社会保险费的义务。在平台用工的框架下，由于多数平台通过协议方式将从业人员排除在劳动法的适用范围之外，因此，关于职业伤害保障制度中的征缴义务主体目前也存在争议。有平台建议征缴部门通过移动互联网技术，实现保费征缴与平台APP关联，由从业人员直接在平台APP缴纳保费。笔者认为，将从业人员作为征缴义务主体不仅不符合职业伤害保障制度的原理，并且不符合征缴效率的原则，可能导致征缴困难，且征缴成本高昂。平台作为从业人员劳务的使用者，对从业人员应依法承担相应的保护义务，并且从征缴效率的角度来看，只有平台能够完全、适时掌握从业人员的相关个人信息以及收入情况，征缴部门通过平台来核实从业人员信息，完成相应的征缴工作，将极大降低征缴成本，提高征缴效率。

（作者为首都经济贸易大学劳动经济学院教授、博士生导师）

推进新就业形态工作立法 保障从业人员劳动权益

观点

数字商业时代就业正在发生深刻重组。众包配送从业人员权益保障的司法实践探索为我国数字化工作立法提供了诸多启示。要建立适用于数字就业的就业分类并进行立法调整。数字化工作立法应与现行劳动法保持一定的衔接与协同。

薛长礼

互联网技术革新带来的劳动效率提高，使平台经济迅速发展。“众包”作为一种新的互联网商业模式，在平台经济的发展下，得到越来越广泛的使用，很多众包平台应运而生，各个领域的供求信息发布在各类众包平台上，可以随时进行信息匹配。其中，众包配送平台通过招揽骑手完成短途即时配送任务，构建起的即时配送体系已成为城市生活服务的重要组成部分。

然而，众包配送模式在提供快捷方便物流的同时，很多法律问题亦随之产生。笔者在中国裁判文书网以“众包骑手”为关键词检索，共有321件。从时间分布看，最早的纠纷发生于2017年，数量较少，只有5件，此后每年递增，2018年27件，2019年

129件，2020年153件。从案由结构看，刑事案件由7件，民事案由314件。在民事案由中，侵权责任纠纷153件，人格权纠纷105件，劳动争议、人事争议32件，侵权纠纷数量最多。从法院层级看，基层法院审理266件，中级法院审理48件，大多数纠纷在基层法院得以结案。从地域分布看，26个省（自治区、直辖市）均有纠纷发生，说明了众包配用工分布之广泛。

在司法实践中，普遍面临的适法难点是众包配送模式下用工关系法律性质的认定。在平台与从业人员之间是否构成劳动关系问题的认定上，不同地区的法院，甚至同一法院在不同时间的同类案件中，采取了不同的裁判结果：大多数案件中法院认定众包平台与从业人员之间不构成劳动关系，众包平台不承担雇主责任；少数案件中法院认定众包平台与从业人员之间构成劳动关系或劳务关系，平台应承担雇主责任。

尽管众包平台与从业人员之间劳动关系的认定缺乏明确法律规定，但众包配送是一种就业方式是没有争议的。在劳动关系认定缺乏清晰规定的前提之下，众包骑手配送过程中出现的自身事故、造成第三人伤害等法律纠纷时有发生，其职业伤害、侵权责任如何承担等问题是司法实践中心必须予以回应、解决的问题。如果忽视众包配送的就业属性，纠结于劳动关系的认定，既不利于众包配送从业人员权益保障，也制约众包服务业的发展。

为此，在现行法律框架下，寻求以问题为导向、克服部门法的局限，平衡保护众包配送从业人员劳动权益和平台经济，逐一解决现实立法提供了诸多启示。

问题，不失为可行的司法选择。具体而言，在司法实践中，处理众包配送法律问题时可以遵循以下原则：一是按照《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》的规定，以类型化思维，实质性审查个案事实，考量真实合意，把握从属性在数字化、信息化时代的表现形式，提炼从属性要素，避免劳动关系认定的“一刀切”，认定一名从业人员与众多平台之间具有劳动关系，并不意味所有注册骑手与平台均具有劳动关系。二是区分劳动关系认定与《劳动合同法》劳动基准等法律的整体性适用。众包配送模式下，人格从属性、经济从属性与传统劳动关系的从属性有明显不同，宜从众包配送业态合理适用《劳动合同法》劳动基准法律，而不是简单地“全有全无”整体性适用。三是扩展工伤保险的适用，借鉴地方性立法做法，在众包配送模式中适用职业伤害保险，通过社会保险，而不仅仅是商业保险，提高众包骑手的安全保障。

这些司法举措在为众包平台和从业人员权益提供司法保障的同时，也提出了数字商业和新就业形态工作立法的需求。从长期来看，数字商业时代就业正在发生深刻重组。众包配送模式虽属于起步阶段的数字商业，却彰显了按需就业的方向和趋势，把算法和灵活就业相结合的就业重组，一如玛丽·L·格雷所言，“雇佣工作的逐步分解可能是工作性质的一种深刻而根本的转变”。众包配送从业人员权益保障的司法实践探索为我国新就业形态工作立法提供了诸多启示。

第一，建立适用于新业态的就业分类并进行立法调整。现行劳动法主要从雇佣就业、自雇就业分类出发提供法律保护，数字经济的迅速发展催生在线劳动力市场，数字商业与新就业形态的发展已然改变就业格局。国际劳工组织在《未来的劳动世界》（2015）中强调，“新的力量正在改变劳动世界”。新就业形态创造了数千万就业机会，如何保障数字劳动者的就业权利，实现人的全面发展，是新就业形态工作立法的基本宗旨。

第二，新就业形态工作立法应与完善工会立法并行，为数字时代的新就业形态从业人员提供集体保护和社会保护。众包配送模式法律纠纷中暴露出来的问题之一是众包骑手当下仍缺乏集体力量的保护。应完善《工会法》，为新就业形态从业人员提供适当的渠道加入工会，让从业人员享受到工会组织的服务，更好地保障他们的劳动权益。

第三，新就业形态工作立法应秉持数字商业模式保护和从业人员社会保护并重原则。数字商业模式在其创造就业机会和就业形态的同时，推进了劳动法制的变革，劳动法制变革在保护新就业形态从业人员权利的同时也应促进数字商业模式发展。

第四，新就业形态工作立法应与现行劳动法保持一定的衔接与协同，在社会保险、带薪休假等方面保障从业人员的权利，推进现行劳动法制的拓展和深化。

（作者为北京化工大学文法学院副院长、教授，中国社会法学研究会常务理事）

平台企业应承担相应法律责任与社会责任

观点

互联网信息技术下工作岗位所呈现的灵活性特征，不能掩盖劳动用工的实质。对于平台用工应当制定与实际相符合的劳动基准，建立配套的劳动保护与社会保险制度。平台企业应探索出符合平台、从业人员、消费者三方利益的新的经营模式，实现符合劳动法要求的用工。

张弓

在近几年的司法实践中，平台用工案逐步增多，其中争议的主要问题是平台与从业人员之间是否存在劳动关系。劳动者一方希望获得工伤保险待遇及其他劳动法项下的权利，而平台希望维持灵活机动的用工方式及低廉的用工成本，不愿意被劳动法束缚。在争议的早期，维护新业态新经济的活力是观点主流，但随着从业人员的一些困境逐步显现，这一劳动群体的状况得到社会广泛关注，是否属于劳动关系的争论更趋激烈。

对于平台与从业人员之间是否存在劳动关系主要存在三种观点。第一种观点否认劳动关系，认为双方是一种平等协商的民事合同关系，适用民法去调

整。第二种观点认为应当区分不同用工形态加以区别对待：部分与平台签订劳动合同的属于劳动关系；部分众包模式则属于普通民事合同关系；如采用整体外包模式则由第三方承担用工主体责任。第三种观点则认为，应当看到平台用工的本质——它只是采取信息技术手段改变了社会生产的组织方式及劳动任务的分配方式，但并不能改变其属于劳动用工的本质。

笔者以配送平台为例，围绕在审理此类争议案件中，平台方与从业人员的各自主张谈几点认识。

第一，平台运营公司是社会生产的组织方，而不属于其常常辩称的信息中介机构。事实上，平台运营公司不仅通过平台获取运输货物服务的需求信息，并向众多骑手发送，而且规定了货物运输合同的权利义务关系，包括服务标准、收费标准等，相关的条款并非由骑手与客户协商制订。事实上，货物运输合同关系形成于平台运营公司与客户之间，且相关客户也相信是与平台运营方之间形成货物运输合同关系，而非与骑手之间。骑手的作用在于提供货物运输服务，使平台运营公司得以履行货物运输合同中运输货物的合同义务。

平台运营公司认为自己收取的只是信息服务费，类似于中介费，理由不能成立。平台运营公司实际上组织了货物运送的整个过程，平台的经营模式是通过大量提供货物运输服务来获取利润。因此，平台的运营公司实质上并不是一家信息服务公司，而是一家

从事货物运输业务经营的公司。组织社会生产经营的主体应当承担相应的法律责任与社会责任，应当解决用工的合法性问题。

第二，互联网信息技术下工作岗位所呈现的灵活性特征，不能掩盖劳动用工的实质。平台运营公司与骑手之间的关系与传统劳动关系确实有一定区别，具有相对灵活性特征，但是否能够阻却双方劳动关系的判定？

笔者认为，其一，骑手可以自主决定是否接单，但只要其注册成为骑手，并决定以此谋生，则其必须通过完成一定的工作量来维持生活所需的收入。尽管骑手有接单与否的选择自主权，但从整体工作来看，其并无更多的选择自主权。

其二，骑手可以决定自己的工作时间，公司无需考勤，但许多骑手为维持一定收入，每日基本工作时间都在10小时左右甚至更长。如果骑手要维持一定的收入水平，其对工作时间、工作量并无过宽的选择自主权。

其三，骑手可以自主决定使用何种交通工具，通常平台运营公司并不向其提供劳动工具。但在互联网经济下新的用工模式中，交通工具并不是主要的生产资料，平台运营公司通过互联网技术所掌握的信息才是更为重要的生产资料。平台运营公司借助其对相关信息及技术手段的掌握权，在与骑手的用工关系中处于强势支配地位。

其四，平台运营公司对骑手的服务要求带有明显的劳动管理性质。比如，对于运用时、货物如何保管，如何回应客户需求、着装、佩戴标识等，平台运营公司均有相应管理

要求。对于骑手报酬，平台运营公司也通过各种考核制定标准及发放时间、发放途径。

第三，对骑手适用劳动法保护具有现实必要性。平台运营公司从骑手提供的劳动中获益，应当承担相应的法律责任及企业社会责任。运用民事合同关系去调整，会不当地免除平台企业相应责任，而将责任推向骑手与消费者，此种定性使平台运营公司缺乏防范用工风险的主动性，对采取劳动安全保护措施的积极性不高，因此带来的社会问题必然增多。突破了法定工作时间与劳动保护限制，“过劳死”“冒险接单”等现象也会层出不穷。互联网企业不能因其采用了新技术手段与新经营模式而不承担本应由其承担的法律责任与社会责任。

因此，笔者认为，当下不应再拘泥于平台用工是否符合传统的劳动用工模式，而应当认识到这就是当前新技术带来的新的用工方式，属于劳动法的调整范围，只不过需要有与之相适应的劳动法规范而已。对于平台用工应当制定与实际相符合的劳动基准，包括工时、薪酬等，建立配套的劳动保护与社会保险制度。

有观点认为，对平台用工的规制会限制新业态发展，但笔者认为，在行政手段与司法手段介入，制止在该领域的不正当竞争与垄断行为的前提下，运用新技术手段进行经营的平台企业，完全能够探索出符合平台、从业人员、消费者三方利益的新的经营模式，实现符合劳动法要求的用工。（作者为北京市海淀区人民法院副院长）

伴随着互联网技术的快速进步，数字经济和平台经济兴起，以平台为载体的用工方式被广泛应用。新业态在促进经济发展、给人们生活带来极大便利的同时，也产生了一系列亟待解决的新问题。平台与从业人员是否构成劳动关系？从业人员在工作过程中的自身人身损害以及对第三人造成人身损害责任如何承担？如何更好保障新业态从业人员的劳动权益……本报特别邀请专家学者、专业人士对此进行探讨，以期为解决这些问题提供借鉴和启发。

——编者

我国职业伤害保障制度的探索

针对新业态从业人员职业伤害保障缺失的问题，2020年中央一号文件等多个国家文件都提出，要开展新业态从业人员职业伤害保障试点。

目前的主要试点模式

- 1 纳入工伤保险制度统筹管理，针对所有灵活就业人员。
- 2 自愿或优先参加工伤保险。
- 3 建立商业保险性质的职业伤害险或补充保险。
- 4 采取福利制度，由就业专项资金出资，建立福利性质的职业伤害补偿制度。

已经开展试点的地区



2020年11月，国务院办公厅印发的《全国深化“放管服”改革优化营商环境电视电话会议重点任务分工方案》提出，2021年3月底前研究建立新就业形态人员职业伤害保险制度。

策划/制图：张菁

G 观点撷英

新业态从业人员的劳动权益保障是一个亟待解决的问题。在劳动关系无法明确的前提下，解决劳动者的社会保障和职业伤害等权益保障问题，就要回到社会法的系统和视角下去进行考量，要从宏观层面去思考解决这些问题。不能将这些问题完全交由市场，可以在现有的社会保障体系里面，针对新就业形态群体给出一个更好的模式。同时，可以采取行业自律的模式去解决目前亟须解决的一些问题。

——中国人大法学院教授、中国社会法研究会常务副会长 林嘉

从经济学的效率角度看，风险应配置给防范风险成本最小的一方，那么，在平台用工中，就应该是从业人员承担风险防范责任。但由于平台为了体现自身的效率而规定了其运送时间，导致骑手不得不抢时间，任务发布者过度追求货物到达的速度，因此，平台、任务发布者也应分担风险。目前，我国关于国民疾病治疗、康复方面的保险项目繁多，未能实现全民平等目标，可以探索建立普惠制健康保险，将劳动风险与自然风险导致的医疗费用由全社会分担。

——中南财经政法大学教授 韩桂君

厘清平台与从业人员是何种用工关系对完善法治社会建设、保护更广大劳动者的切身利益、促进共享经济与新业态健康发展都具有重要意义。更好地解决新业态发展中面临的劳动法律问题，可以从以下几个方面进行探索，要建立职业伤害保障制度，扩大社会保险准入，针对不同业务设立对发包方、平台方、接包方、客户间的权利义务规则，对算法进行纠偏，确保从业人员的各项基本权利。

——北京市丰台区劳动人事争议仲裁院审理一庭庭长 吴迪

（张菁 整理）

G 他山之石

法国：2017年出台相关规定，从事平台就业的“独立劳动者”在某一个平台获取的收入超过5099.64欧元时，该平台必须承担职业伤害保险的成本。平台有两种选择，一是可以通过团体险方式，涵盖职业事故风险，但是该保险提供的待遇必须不低于法律规定的自愿保险计划。二是可以为独立工作者提供自愿性职业事故保险，也可以对另一种涵盖职业事故的保险计划进行缴费。

马来西亚：2017年，马来西亚国会通过了《自雇者社会保障法案》，开始推行自雇者工伤保险计划，强制特定领域的自雇者包括网约车、外卖、快递等行业从业人员，必须个人缴纳工伤保险费。马来西亚自雇人员工伤保险制度基本依照雇员工伤保险制度设计，主要特点包括：强制参保、自雇人员个人缴费、以长期保障为主、基金独立运行等。

新西兰：实行全民法定意外事故保险，所有人群均有渠道获得保障。其中，雇员的工作伤害保险由雇主缴纳，平均费率为收入的0.72%，雇员的非工作伤害保险费由本人缴纳，费率为收入的1.21%；灵活就业人员自己承担缴费；无工作收入的公民则由政府缴费。

德国：作为现代工伤保险制度的起源地，德国工伤保险制度早已突破劳动关系限制，工伤保险实行行业自治，每个行业工伤保险联合会可以修改条例，将自由职业者纳入工伤保险覆盖范围。德国交通运输行业工伤保险联合会就将“货物运送”和“客运运送”纳入覆盖范围。因此，Uber司机和外卖员在德国可以受到保护。（张菁 整理）